

CENTRO UNIVESITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

**A INEFICÁCIA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

AMANDA BATISTA VASCONCELOS

**CARUARU – PE
2017**

**CENTRO UNIVESITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

SEPARAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à
FACULDADE ASCES UNITA, como requisito parcial, para
a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação
da Profª. Msc. Renata de Lima Pereira.**

AMANDA BATISTA VASCONCELOS

**CARUARU – PE
2017**

AMANDA BATISTA VASCONCELOS

SEPARAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: 25 /04 /2017.

Presidente: Prof^a. Msc. Renata de Lima Pereira

Prof^o. Rogério Almeida

Prof^a. Teresa Tabosa

DEDICATÓRIA

“Ainda que eu andasse pelo vale da sombra da morte, não temerei mal algum, porque tu estás comigo; a tua vara e o teu cajado me consolam.” (Salmos 23:4)

À Deus, que em sua infinita bondade e fidelidade, permitiu a conclusão de mais uma etapa em minha vida, me concedendo sabedoria para tal.

Aos meus pais e irmãos que sempre me apoiaram e me ajudaram a entender os valores da vida, sem os quais eu não seria o que verdadeiramente sou hoje.

E à minha falecida avó, Eunice Bezerra da Silva, a quem presto homenagem, mulher que sempre soube como cuidar de seus filhos e netos com todo amor e carinho. Minha eterna saudade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que nunca me abandonou nem nos momentos mais difíceis e permitiu que eu chegasse onde cheguei, através de Sua mão forte estendida sobre minha vida permitiu a realização deste trabalho, me capacitando para tal, para honra e glória de Seu Santo nome.

Aos meus pais, Fernando e Márcia, que com todo amor me proporcionaram maravilhas, me ensinaram o caminho certo a seguir, e que pacientemente fizeram parte da minha vida, sempre presentes nos momentos em que precisei, sou eternamente grata por tê-los em minha vida como os meus melhores amigos. E aos meus irmãos, Victor e Sara, que sempre estiveram do meu lado, mostrando cumplicidade fraterna. Amo vocês de todo o meu coração.

Às minhas amigas de classe, Thays Xavier, Amanda Leal, Rayane Rodrigues e Nayane Alanna, que tive o prazer de conviver durante esses cinco anos, amigas que compartilharam momentos incríveis comigo. E aos que de forma direta e indireta me ajudaram na realização deste trabalho, Maria Angélica, Matheus Melo e Luis Maciel.

Às minhas amigas de infância, Nayane, Susana, Juliane, Letícia e Renata, que com todo carinho me distraíram da tensão e dos problemas deixando meus dias mais leves, amigas que vou guardar pro resto da vida, a certeza da nossa reciprocidade não se pode negar, agradeço verdadeiramente a vocês por fazerem parte da minha história e por dividirem tantos momentos bons, momentos que vou lembrar até o fim.

À minha orientadora, Prof^a. Renata de Lima Pereira, a quem admiro muito e que pacientemente me transferiu um pouco de seu vasto conhecimento sobre o tema abordado, me mostrando que sou capaz de realizar muito mais. Obrigada pelo empenho e paciência mostrado ao meu trabalho.

RESUMO

Este trabalho consiste em mostrar como as Ações de Família são tratadas pelo Novo Código de Processo Civil. Embora as Ações de Família sejam citadas em sua generalidade, o foco central do tema abordado é destacar a separação judicial e suas subdivisões e como cada uma funciona individualmente e como atingem o matrimônio. A ideia central do trabalho é expor e apontar a problematização desse instituto, em como tal separação afeta as partes envolvidas no processo e como também afeta o Judiciário, com a sobrecarga de ações ingressadas. Além disso, importa destacar a intenção de mostrar a evolução social e jurídica da sociedade brasileira, desde o momento em que a legislação se espelha no Direito Clássico, passando pelo período em que os preceitos da Igreja Católica são predominantes nas decisões sociais e jurídicas da população, até o momento da separação da Igreja e do Estado que proporcionou a diminuição da intromissão do Estado nas questões particulares das partes envolvidas, e a partir disso como o Ordenamento Jurídico passou a tratar a legislação, e como até hoje acompanha a constante evolução dos preceitos sociais. Explanando todos esses pontos, o presente trabalho que faz uso de doutrina e jurisprudência de forma comparativa, tentando mostrar que com o retorno da separação, o Judiciário ficaria comprometido, sujeito à superlotação de ações que deveriam correr para em seguida ser deferido o divórcio e ainda tenta mostrar como as relações de afetividade seriam também comprometidas, uma vez que as Ações de Família prezam pela base e pelos laços afetivos das partes litigantes, com a intenção de evitar um possível e previsível desgaste emocional.

PALAVRAS CHAVE: separação, matrimônio, Código Civil, Código de Processo Civil, Ordenamento Jurídico.

ABSTRACT

This paper consists of showing how the Family's Action are treated by the New civil process code. Although the Family's Action be mentioned in a general way, the main focus of the addressed theme it is to highlight the legal separation and its subdivisions and how each one works individually and how they reach matrimony. The main idea of this paper it's to expose and point out the problematization of this institute: how such separation affects the parts involved in the process and how also affects the Judiciary with the overloaded actions entered. Besides, it is important to highlight the intention in showing the social and juridical evolution of the Brazilian society since the moment which the legislation mirrors in the classic rights, passing by the time where the Catholic Church precepts were predominant at the social and juridical decisions to the population, until the moment of the Church-State separation that provided the decrease of the State's intrusion at particular issues of the parts involved. And from this how the Legal Order began to treat the legislation and how until nowadays follows the constant evolution of social precepts. Explaining all these questions, this present paper which makes use of the doctrine and jurisprudence in order to use an observational and comparative methodology, trying to show that with the return of the separation the Judiciary would be compromised.

KEY WORDS: separation, divorce, matrimony, Legal Order.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1.ASPECTOS DA FAMÍLIA E A ORIGEM DO CASAMENTO.....	09
1.1. O Direito Romano e a Evolução histórica do casamento.....	09
1.2. Dissolução do casamento.....	14
1.3. Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77).....	18
2. INEFICÁCIA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	22
2.1. Da sociedade conjugal e do vínculo conjugal.....	22
2.2. Separação judicial e Divórcio.....	23
2.3. A Emenda Constitucional nº 66/10.....	28
3. HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO.....	32
3.1. A não revogação da separação judicial.....	32
3.2. Revogação da separação judicial.....	34
3.3. Os procedimentos especiais nas Ações de Família.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por objetivo explicar sobre o instituto da separação judicial, trazido pela Lei nº 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) em todos os seus aspectos, tanto conceituais tratando da separação judicial, de corpos e afastamento temporário do cônjuge ou companheiro, bem como sua aplicação no direito material e processual.

No caso da separação de corpos, vale ressaltar que permanecem no ordenamento jurídico na forma de medidas cautelares podendo ser usada nas ações de divórcio, quando há ameaça ou consumação de violência física, psicológica ou social de um dos cônjuges contra o outro, mesmo com as mudanças trazidas pela nova codificação processual civil.

Fazendo esta análise por meio do estudo da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que em sua nova redação estabelece que não se faz mais necessária a ocorrência da separação de fato ou de direito para que o casamento seja dissolvido. Visto que um dos objetivos desta monografia é tratar da aplicação processual do instituto em questão, também se faz necessária a discussão sobre alguns temas abordados pelo Novo CPC, tais como as tutelas provisórias e o trâmite das Ações de Família.

Na tentativa de resolver questionamentos como a finalidade atual da separação e qual o embasamento jurídico utilizado para justificar o retorno da separação judicial na legislação, será realizado um estudo aprofundado sobre o tema, envolvendo o casamento como base da família, a separação como requisito para uma possível dissolução, e a dissolução da sociedade conjugal propriamente dita.

Para fins de pesquisa, serão utilizadas doutrinas tanto as atualizadas, de autores que se manifestaram sobre o tema quanto as mais rebuscadas, sendo aplicadas paralelamente, para traçar um entendimento a respeito da separação judicial. Assim como também serão utilizados artigos científicos publicados na Revista dos Tribunais em complementação com a doutrina e com a própria legislação.

Além das formas citadas acima, a jurisprudência será observada adequadamente. Mesmo o foco do estudo ser a problemática jurídica, também é objetivo discorrer no texto sobre a evolução de forma mais abrangente, observando a mudança de pensamentos, tanto religiosos quanto sociais acerca do matrimônio e da variedade de convívio.

Adotando um procedimento estatístico, será analisada a taxa de pedidos de separação judicial no decorrer dos anos com a evolução histórica da concepção de família e evolução da legislação, doutrina e jurisprudência, as quais se adaptam e tentam da melhor forma regular as Ações de Família, exemplo que se fará sempre presente no texto é o da Emenda nº 66/10.

Ainda seguindo um paralelo do antes e depois das introduções da Lei do Divórcio e de outras concepções alteradas mediante emendas constitucionais, serão expostas as questões processuais, o procedimento usado na época, fazendo um comparativo entre as ações antes e depois de 2010.

Visto que o Direito em si está a todo instante sob mudanças, no Direito de Família não se faz diferente, os Tribunais estão sempre inovando e fornecendo entendimentos variados, todos eles serão avaliados dentro desta monografia.

E fazendo uso do procedimento observacional, a pesquisa será explanatória de modo que objetiva explicitar a constante interferência do Estado nas relações familiares, que com o advento da Constituição Federal do 88 e o Código Civil de 2002 diminuíram consideravelmente, bem como a celeridade processual, visto que esse procedimento será feito a partir de conceitos e entendimentos do Supremo aplicados no caso concreto.

Sendo esse o procedimento da pesquisa, no capítulo de início o presente trabalho tratados aspectos gerais do conceito de família e a origem do casamento, tomando como norte o Direito Romano a quem a legislação brasileira tomou como espelho a ser seguido, como era encarada a dissolução matrimonial e também neste capítulo trata da forma como a Lei do Divórcio ingressou no Sistema Jurídico.

No capítulo seguinte, trata da separação judicial como um todo e comparando o instituto abordado com o divórcio, explanando a diferença de suas subdivisões e de como afetam o Judiciário e as partes envolvidas no processo, ainda mencionando a Emenda Constitucional nº 66/10 e sua força normativa.

E por fim, no terceiro capítulo, este trabalho traz a problemática discursiva da separação judicial e as hipóteses de inconstitucionalidade do instituto, apresentando argumentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da revogação da separação bem como entendimentos contrários que defendem a não revogação, e também como os procedimentos especiais nas Ações de Família do Novo Código de Processo Civil caminham com a separação judicial.

CAPÍTULO I – ASPECTOS DA FAMÍLIA E A ORIGEM DO CASAMENTO

Desde os primórdios, a família é considerada a base da sociedade, no que diz respeito à estrutura do Estado. Estrutura esta, estabelecida pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, *caput* como: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”, tal proteção fica clara no §8º do mesmo artigo quando diz: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”.

Com o passar dos anos, a concepção social de família evoluiu consideravelmente. Aos olhos da sociedade atual, esse núcleo não se resume mais exclusivamente à união matrimonial entre um homem e uma mulher, pode ser considerada família também aquela constituída de forma diversa, havendo a possibilidade de atribuir poder familiar nos casos de parentesco por afetividade, não sendo mais necessária a condição de laços sanguíneos.

1.1. O Direito Romano e a Evolução histórica do casamento

Assim como a concepção de família passou por mudanças, com o casamento não foi diferente, visto que se faz necessária a adequação do Direito a sociedade. Este capítulo tem como base o Direito Romano, quando trata especificamente do casamento e de seu desenvolvimento.

Alguns institutos reguladores do Direito foram reproduzidos sob a luz do Direito Clássico, fruto do desenvolvimento de juristas romanos. De certo que, vários desses institutos, com foco no casamento, foram adaptados ao longo do tempo para que pudessem se adequar ao desenvolvimento da população, melhorando sua aplicabilidade.¹

Como tudo no âmbito jurídico, as divergências de entendimentos se fizeram presentes entre os juristas romanos. Por exemplo, na atuação de Savigny, para se entender o conceito de casamento nos moldes do contrato, era preciso entender o conceito de contrato, onde ele concluía que: “Contrato é o concurso de muitas pessoas numa concorde declaração de vontade, pela qual vêm determinadas suas relações jurídicas.”.² Seguindo tal raciocínio, se o ato abrange

¹ ALVES, Felipe Dalenogare. **Direito Romano: Principais Institutos**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8504&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 14/11/16.

² ALVES, José Carlos Moreira. **A Natureza Jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 23/09/16.

acordos de vontade, o contrato pode ser celebrado no que tange a diversas relações jurídicas que não somente o matrimônio.

O casamento para o Direito Romano era tratado de forma simples. Para dar início à vida conjugal, não se fazia necessária qualquer solenidade, bastava o ato de vontade das partes, tendo como base o consenso, ficando assim caracterizado:

(...) esse *consensus*, que *facit nuptias*, não é de considerar-se no sentido ordinário da palavra consentimento, acordo momentâneo de duas vontades que produz um vínculo obrigatório perene, que se conserva tal ainda que aquelas vontades se tornem depois discordantes, como nos contratos em geral, os quais têm por precípua escopo o de assegurar o intercâmbio dos serviços humanos contra a mutabilidade do querer humano. De feito, o requerido pelas *nuptiae* é um consentimento consistente num acordo de vontades não instantâneo, mas continuado, com efeito limitado no tempo à sua própria duração. É sem dúvida por essa sua continuidade principalmente que ele concretamente assume natureza e denominação de *affectus*, *affectio (maritalis, uxoris)*. Ora, essa *affectio*, essa vontade que dava existência e mantinha o matrimônio, encontra sua expressão no fato mesmo da comunhão de vida, por meio da qual ela dava contínua prova de sua permanência.³

E, desde então, as divergências continuaram a respeito do entendimento contratualista, onde alguns acreditavam que o matrimônio deveria ser tratado de forma a observar as condições múltiplas que permitiam que duas pessoas, homem e mulher, pudessem viver em conjunto, levando a conclusão de que:

O casamento é, pois, um estado de fato que supõe a reunião e a permanência de um certo número de condições. A condição primeira é a vontade comum dos esposos, vontade realizada de viver como *marido e mulher*. Que ocorrerá ao casamento, se um dos cônjuges cair em estado de demência? Não parece que o casamento deve cessar, porque um dos esposos não tem mais vontade? Semelhante questão não se levantaria a propósito de um contrato. Uma vez formado, ele produz seus efeitos, não obstante uma mudança no estado das vontades que, acordos um dia, constituíram e vincularam definitivamente as obrigações. O casamento não é um contrato, é um estado duradouro. Na espécie, a solução que prevaleceu é a de que o matrimônio subsiste apesar da loucura superveniente de um dos cônjuges. O motivo que Ulpiano dá para isso é digno de nota e confirma nossa maneira de ver: *Retinetur matrimonium ... quasi uoluntatis reliquis in furiosis manentibus*. A vontade anterior à loucura se torna latente; ela não cessa; ela não é substituída por uma vontade contrária.⁴

No entanto, com a concepção revolucionária do autor Manenti, que tratou em sua obra *Della Inopponibilità delle Condizioni ai Negozi Giuridici ed in Specie delle Condizioni Apposte ai Matrimonio*, o conceito de casamento foi desenvolvido e aprimorado sob a ótica da

³ ALVES, José Carlos Moreira. **A Natureza Jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 23/09/16.

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **A Natureza Jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 23/09/16.

tese partindo do período justinianeu, onde salientou que para a conclusão do matrimônio não se exigia qualquer solenidade ou conjunção carnal, mas tão somente o *consensus*.⁵

O casamento romano não se constituía apenas na simples união física, no que tange às relações sexuais, ia mais além, assinalava o início da coabitação ou o momento inicial do casamento. Além disso, o casamento não era indissolúvel, porém revestia-se de um caráter de perpetuidade, onde se entendia que a união deveria ser duradoura.⁶

Onde ficou delineado que, continuava a considerar o casamento como *relação jurídica*, distinguindo o matrimônio *cum manu* do matrimônio *sine manu*, para reconhecer que, naquele casamento surgia um ato formal. A ideia do consentimento contínuo, porém, estava lançada.⁷

Para a melhor compreensão, no casamento *cum manu* a mulher estava sujeita à autoridade do marido, abdicando de seus costumes e crenças e passando a seguir o marido. Já no casamento *sine manu* a mulher ganhou mais autonomia, não necessitando mais abdicar de seus costumes e crenças.⁸

Para que se entenda melhor o período justinianeu, foi o momento em que se tentava recuperar a tradição e a história do Direito Romano.⁹ Percebe-se que desde esta época, o Direito já aparentava uma necessidade de mudanças, de uma adequação social, por isso tantas divergências de pensamentos entre os juristas romanos.

Devido à influência do Império ser muito forte, alguns entendimentos eram suprimidos pelos demais, o que impedia a sociedade de evoluir, visto que, o fundamento da família e da sociedade romana foi o casamento, alguns ainda mencionavam o concubinato¹⁰ no que diz respeito a produção de efeitos jurídicos de caráter pessoal e material semelhantes ao matrimônio.

Podendo destacar conceitos de matrimônio, como o de Modestino e das Institutas do Imperador Justiniano, onde no primeiro, a convivência entre os consortes e a afeição marital ficavam em evidência quando exposto da seguinte forma: “as núpcias são a união do marido e

⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **A Natureza Jurídica do Casamento no Direito Clássico**. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 24/10/16.

⁶ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de Direito de Família**. São Paulo: Editora do Direito, 2000. p.29.

⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **A Natureza Jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 25/09/16.

⁸ ALVES, Felipe Dalenogare. **Direito Romano: Principais institutos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8504&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 27/09/16.

⁹ XAVIER, Renata Flávia Firme. **Evolução Histórica do Direito Romano**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18474/evolucao-historica-do-direito-romano/2>>. Acesso em: 24/09/16.

¹⁰ Quando a pessoa casada ou aquela que vive em união estável mantém, concomitantemente, uma outra união com caráter de permanência, por um prazo de duração razoável (...), acontece o concubinato e seus integrantes são denominados de “concubino e concubina”. GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma Nova Epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 189.

da mulher e o consórcio para toda a vida, a comunicação do direito divino e do humano” e da mesma forma se dava com o conceito das Institutas, quando: “as núpcias, ou matrimônio, são a união do varão e da mulher, implicando uma comunhão indivisível de vida”.¹¹

Para que o elemento objetivo, representado pela convivência fosse caracterizado, não bastava o simples acordo de viver em casamento, mas se fazia necessária a introdução da mulher no domicílio conjugal mesmo não estando presente o marido, representando não somente união sexual dos cônjuges, mas também a coabitação, a constituição de dote e a posição social. Já para o elemento subjetivo, mostrava-se a intenção dos cônjuges de se considerarem marido e mulher, sendo de ordem material ou espiritual, constituindo na comunhão assistencial, enquanto durasse o matrimônio.¹²

Com o passar do tempo, mesmo com a dificuldade de evolução das concepções de casamento, em 1966 começaram a discussões sobre a diferença entre o casamento moderno e o romano, que consiste em:

No Direito Moderno, em geral, o casamento surge através de ato consensual rigidamente solene, celebrado diante de autoridade competente; e só se dissolve, por via de regra, pela morte, ou – nos países que o admitem – pelo divórcio (e, aí, desde que se verifique um dos motivos previstos taxativamente em lei); em vista disso, a “relação jurídica matrimônio”, uma vez surgida, não pode dissolver-se, sem mais, pela simples vontade de um dos cônjuges – daí, falar-se, apropriadamente, em vínculo conjugal;¹³

Já para o Direito Romano, sustentava-se que:

Para que surgisse o casamento, bastava a vontade inicial (“*consensus*”) dos nubentes, sem quaisquer formalidades, e o matrimônio perdurava até que um dos cônjuges desejasse rompê-lo, pois em Roma, sempre se admitiu divórcio por vontade unilateral (mesmo no direito justiniano, se um dos cônjuges repudiasse o outro sem motivo, ele poderia sofrer sanções, mas o casamento se dissolvia), a qualquer tempo, sem formalismo, e independente da existência de motivos fixados, previamente, em lei – daí, a expressão “ *affectio maritalis*” para significar, não que fosse necessário que os cônjuges tivessem a intenção contínua (idêntica à vontade inicial) de serem marido e mulher, mas que o casamento perdurava enquanto eles (ou um deles) não praticassem ato contrário ao que dera início ao matrimônio: o divórcio.¹⁴

¹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Casamento de Fato e Concubinato Atual: Influência do Casamento Romano**. Disponível em: <www.revistadoTRIBUNAIS.com.br>. Acesso em: 25/09/16.

¹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Casamento de Fato e Concubinato Atual: Influência do Casamento Romano**. Disponível em: <www.revistadoTRIBUNAIS.com.br>. Acesso em: 25/09/16.

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. **A Natureza Jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico**. Disponível em: <www.revistadoTRIBUNAIS.com.br>. Acesso em: 25/09/16.

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **A Natureza Jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico**. Disponível em: <www.revistadoTRIBUNAIS.com.br>. Acesso em: 25/09/16.

Em suma, o Direito Romano ao discorrer sobre o matrimônio, deixava claro que se fazia necessário o consentimento das partes em se manterem casadas e se por ventura essa vontade não existisse mais, seria possível o rompimento do vínculo, tratando de forma simples, dando aos nubentes a opção de escolha se querem ou não mais viver maritalmente.

E quando se trata do Ordenamento Jurídico brasileiro, ainda sob o poder de Portugal e da Igreja Católica, o casamento passou a ser considerado indissolúvel, indo mais além ao ser admissível apenas na sua forma religiosa, onde quem não professasse tal fé seria posto à margem da sociedade, sendo os consortes impedidos de se separarem e os demais não praticantes da fé Católica impedidos de constituir matrimônio.

Ao tratar da legislação brasileira, que se inspirou em parte, no Direito Clássico Romano, quando se observa que o casamento para ser celebrado deve estar presente a comum vontade das partes em iniciar a vida a dois. Mesmo que na visão romana o matrimônio fosse dissolúvel, o caráter de perpetuidade está presente em ambas as visões.

Somente em 1891 o casamento civil foi adotado no Brasil, e o conceito de família, com ênfase no casamento indissolúvel, mereceu a devida evidência em todas as Constituições Federais do Brasil.¹⁵

Quando se deu a edição do Código Civil de 1916, a ordem da família sacramentada permaneceu, onde o único modo de constituição da família era pelo casamento, ainda seguindo a visão do patriarcado e as regras dos laços sagrados. Mas com o passar dos anos e com as mudanças legislativas, o conceito de família se alargou, onde as diversas entidades familiares passaram a ser abrangidas no conceito de família.¹⁶

A doutrina brasileira já prelecionava:

O casamento é um contrato. Não contrato vulgar, sim contrato *sui generis*, visto que envolve duas pessoas num pacto destinado a durar para sempre, criando obrigações e deveres recíprocos e perpétuos, (...) Sujeita, durante longos anos, à influência da religião, da Igreja, discutiu-se longamente se a instituição é um sacramento ou um contrato.¹⁷

Por mais que houvesse ainda um conflito de entendimentos, presente na hipótese de indissolubilidade matrimonial e no posterior largo conceito de família, ainda era preciso muita

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 146.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 146-147.

¹⁷ MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. **Manual Prático de Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 57.

luta contra os resquícios machistas da sociedade para que duas pessoas pudessem romper o vínculo adquirido através do casamento sem prejuízo emocional e de suas reputações.

1.2. Dissolução do casamento

Dada a época e juntamente com a doutrina do Cristianismo, o casamento era tido como um ato sacramentado, um ato divino onde só era válido se fosse no religioso, não havendo hipótese de casamento civil, rompimento do vínculo ou sequer era admitida entidade familiar diversa.

A Constituição do Império de 1824 previa em seu artigo 5º que a Religião Católica Apostólica Romana continuaria a ser a Religião do Império, e todas as demais religiões seriam permitidas em cultos domésticos ou particulares, em casa que possuíssem essa finalidade, sem forma alguma exterior de Templo.¹⁸

O dispositivo deixava claro que além da presente influência de Roma no Ordenamento Jurídico, a Igreja Católica tinha muita força sobre as questões sociais. Por essas razões, Lafayette Rodrigues Pereira, em uma de suas obras afirmou que:

Prevalece, pois, entre nós, a doutrina que atribui à religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar da validade do ato. Todavia, a recente lei acerca do casamento entre os membros das seitas dissidentes (Lei 1.144, de 11.09.1861), consagrou uma inovação que cumpre assinalar; passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nulidade desta forma de casamento.¹⁹

Era notório o fato da sociedade estar muito arraigada ao preceitos religiosos, tomando o casamento como um ato de cunho sagrado, como já citado acima, onde as famílias seguiam um viés patriarcal, atribuindo ao homem uma posição de representante legal da família, popularmente conhecido como “o homem da casa”, e restando para a mulher a mera submissão às vontades do marido, deixando clara uma hierarquia entre os consortes.

Proclamada a República em 1889, houve a separação entre o Estado e a Igreja, e, com isso, veio a necessidade de regular o casamento, o que foi possível através do Decreto nº 181 de 1890, que só considerou válidos os casamentos se realizados de acordo com suas normas. E

¹⁸ COSTA, Dilvanir José. **A Família nas Constituições**. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 26/09/16.

¹⁹ COSTA, Dilvanir José. **A Família nas Constituições** apud PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1956. pp.38-39. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 26/09/16.

ainda permitiu aos contraentes a possibilidade de celebrar, antes ou depois, do casamento no civil, o matrimônio de acordo com suas respectivas religiões.

Ainda persistindo o requisito da realização exclusiva do casamento católico, foi expedido um novo Decreto de nº 521 de 1890, que previa em seus artigos 1º e 2º, parágrafo único:

O casamento civil, único válido nos termos do art. 108 do Dec. 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejam solenizá-lo os nubentes. O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa da metade do tempo. No caso de reincidência será aplicado o duplo das mesmas penas.²⁰

Como já foi dito acima, a dependência que a sociedade tinha de cumprir os requisitos e seguir os preceitos da Igreja Católica era muito evidente, tanto que foi necessário que o Dec. 521 estabelecesse uma sanção para aquele que celebrasse o matrimônio religioso antes do civil. Era perceptível que o Estado e a Igreja ainda não tinham se separado de fato, esta segunda ainda tinha muita força e influência sobre a sociedade.

Ainda não se tinha chegado ao consenso quanto à validade do casamento civil e do religioso, então era necessário encontrar um equilíbrio entre os dois. Isso foi possível em 1934, devido a previsão legal da possibilidade de coexistência do casamento religioso de efeitos civis, sendo assim:

O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja êle inscrito no Registro Civil.²¹

Mas foi em 16 de janeiro de 1937, que a Lei nº 379 em seu artigo 1º regulou que:

Aos nubentes é facultado requerer, ao juiz competente, para a habilitação conforme a lei civil, que seu casamento seja celebrado por ministro da Igreja Católica, do culto protestante, grego, ortodoxo, ou israelita, ou de outro cujo rito não contraria a ordem pública e os bons costumes.²²

²⁰ COSTA, Dilvanir José. **A Família nas Constituições**. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 24/06/16.

²¹ FRANÇA, R. Limongi. **Do Matrimônio como Fato Jurídico**. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 24/06/16.

²² FRANÇA, R. Limongi. **Do Matrimônio como Fato Jurídico**. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 25/09/16.

Com a Constituição de 1988, o artigo 226, ao reconhecer a precedência ou prioridade absoluta da família, elenca em seus parágrafos alguns direitos assegurados aos consortes e aos integrantes da família, como por exemplo, o §5º estabeleceu que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente entre homem e mulher.

Como o matrimônio ainda era considerado sagrado, não existiam outras formas de convívio, por isso o casamento era considerado um vínculo de caráter indissolúvel e permanente, tendo como única forma de ruptura a morte de um dos cônjuges, estrutura esta que perdurou durante o maior período da história do Brasil.

No Brasil, a questão da indissolubilidade do vínculo, devido às tradições cristãs, foi mencionada pelo próprio constituinte federal quando estabeleceu na Lei Magna de 1967, em seu artigo 167 que: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. **§1º O casamento é indissolúvel.**” (Grifos nossos).²³

Mesmo que o matrimônio seja tratado com a ideia de permanência, os consortes ainda tinham as exceções do casamento nulo e anulável, tais conceitos não se confundem. Neste, seguindo o conceito trazido no Código Civil de 1916 que discorria sobre nos artigos 207 e 208: “Será nulo o casamento contraído *com infração de qualquer impedimento absolutamente dirimente* e aquele celebrado *perante autoridade incompetente.*”, impedimentos estes elencados no incisos I a VIII do artigo 183 do Código Civil.

Já pelo entendimento de casamento nulo do Código Civil de 2002, dispõe o artigo 1.548 que: “Será nulo o casamento contraído *pelo enfermo mental sem necessário discernimento para os atos da vida civil* (inciso I) e o casamento que apresentar alguma *infringência de impedimento* matrimonial (inciso II).”²⁴

No conceito de casamento anulável, o Código Civil de 1916 previa em seu artigo 209 que poderá ser anulável sempre que infringir qualquer dos incisos do art. 183.

Então, seria anulável quando:

Os contraentes forem coactas ou incapazes de consentir ou quando expressarem de forma inequívoca o seu consentimento (inciso IX); o raptor contrair matrimônio com sua raptada (inciso X); os menores sem consentimento do pai, tutor ou curador (inciso XI e XII).²⁵

²³ FRANÇA, R. Limongi. **Do Matrimônio como Fato Jurídico.** Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 25/09/16.

²⁴ ANTUNES, Antonio Carlos Junior. **Casamento Nulo e Anulável.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3253/casamento-nulo-e-anulavel>>. Acesso em: 25/09/16.

²⁵ ANTUNES, Antonio Carlos Junior. **Casamento Nulo e Anulável.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3253/casamento-nulo-e-anulavel>>. Acesso em: 25/09/16.

Pela Codificação de 1916, também seria caso de anulação quando houvesse por parte dos nubentes, erro essencial quanto à pessoa do outro, previsto isso pelo artigo 218, que elencava as seguintes hipóteses: erro sobre a identidade do outro cônjuge, erro sobre a honra e boa fama, ignorância de crime inafiançável anterior ao casamento, ignorância de defeito físico e irremediável, ignorância de moléstia grave e transmissível e defloração da mulher ignorado pelo marido.

Com as alterações feitas pelo Código de 2002, o artigo 1.550 estabeleceu novas hipóteses de anulação, sendo estas: de quem não completou idade mínima para casar; do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; por vício de vontade; do incapaz que consentir ou manifestar, de modo inequívoco o consentimento; casamento realizado pelo mandatário, sem que ele ou outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; por incompetência da autoridade celebrante.

Estas seriam as hipóteses em que os consortes poderiam romper o vínculo matrimonial, de forma retroativa. Porém, em regra, o casamento era indissolúvel, pela estrutura do Código Civil de 1916.

A ideia trazida pela Codificação de 1916 era inspirada em ideias patrimonialistas e patriarcais, e sob a direta influência da Igreja Católica, o Direito das Famílias não admitiu a dissolução do vínculo matrimonial. Vigorando o preceito *do que Deus uniu, o homem não separa*. Consequentemente, toda e qualquer união extramatrimonial era considerada ilegítima, e não produzia efeitos típicos do casamento, visto que somente este fundava a família.²⁶

Ainda pela ideia da Codificação de 1916, somente o desquite colocava fim ao casamento, porém não dissolvia o vínculo existente entre os consortes, haja vista que a sociedade conjugal permanecia intacta.²⁷ Neste mesmo ano, com a entrada da Emenda Constitucional nº 9 que deu uma nova redação ao §1º do art. 175 da Constituição de 67, permitindo o divórcio como causa de dissolução matrimonial.

Para entender melhor o funcionamento do desquite, pode-se dizer que:

Com o desquite, os cônjuges legitimavam a separação de corpos, partilhava-se o patrimônio comum, definia-se o sistema de guarda dos filhos e arbitravam-se os alimentos. O desquite poderia ser amigável ou litigioso. Impedidos de casar novamente, os desquitados caíam no limbo da ilegitimidade de suas novas uniões familiares, repercutidas no número gigantesco de concubinatos, considerados meras sociedades de fato.²⁸

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. 8 ed. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 382.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 294.

²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil, Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126.

Observando o conceito mencionado acima, pode-se concluir que dada a época, os consortes desquitados eram tidos como má influência, em especial as mulheres, que depois de passar por um desquite eram consideradas má companhia, onde estas manchariam a reputação das demais, ao permanecerem próximas das mulheres “bem casadas”.

Devido a essas condições, houve a necessidade da EC nº 9 de 1977 como já citado acima, com a implementação, mesmo tímida, do divórcio no Ordenamento Jurídico.

1.3. A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77)

Com a introdução tímida do divórcio no Ordenamento Jurídico brasileiro, foi inserido o *Divórcio à brasileira*, tal nomenclatura fazendo uso de ironia ao se referir a jovialidade de alguns juristas brasileiros,²⁹ onde só era permitido um único divórcio por pessoa. E como último marco da trajetória, no que diz respeito a introdução do divórcio no Brasil, destaca-se a Lei 11.441/07 onde tornou-se possível a realização do divórcio, da separação judicial e inventário e partilha pela via extrajudicial, desde que seguidos os seguintes requisitos: consentimento de ambas partes, inexistência de filhos menores ou incapazes, e o decurso do lapso temporal previsto em lei.

Com a aprovação da Lei nº 6.515/77, foi derrubado o conceito de indissolubilidade do matrimônio. Porém, a legislação foi bastante criticada pelo fato de carregar em seu art. 38 que só seria possível o divórcio uma única vez por pessoa, o que se mostrava claramente ser uma norma inconstitucional, pois se a própria Constituição passa a admitir a dissolução do matrimônio, não caberia à lei ordinária torná-lo indissolúvel.³⁰

Por meio desta, foi possível a ocorrência da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, sendo admitida a possibilidade de novo matrimônio para os divorciados. Essa lei representou uma nova forma de enxergar a diversidade familiar, visto que não poderiam simplesmente continuar ignorando as uniões livres, aquelas reconhecidas como concubinato, que só aumentavam e continuavam indo de encontro com os preceitos religiosos. Com sua

²⁹ FERREIRA, Luís Pinto. **O Divórcio no Brasil**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 24/10/16.

³⁰ FERREIRA, Luís Pinto. **O Divórcio no Brasil**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 25/09/16.

entrada em vigor, essa lei deixou o Brasil em conformidade com o entendimento dos outros países.³¹

A entrada em vigor da referida lei, representava uma quebra concreta entre o vínculo Estado e Igreja, aos poucos a sociedade tradicional ia mudando sua concepção de família.

Nessa época, em meio a tantas alterações e discussões acerca da Lei do Divórcio, ao tratar de tal instituto apenas uma única vez, ainda tinha um requisito a ser cumprido. Somente seria admitida a dissolução por requerimento das partes interessadas desde que precedido do longo prazo de 5 anos de separação judicial, ou seja, o casal teria que em primeiro lugar, buscar a separação e somente depois do prazo estabelecido, voltar em juízo para a obtenção do divórcio.³²

Foi com base nesse conceito que a expressão “separação judicial” se fez presente no Ordenamento Jurídico, que veio com fins de substituir o desquite, porém mantendo o vínculo do casamento. Portanto, os cônjuges separados, não são divorciados e não podem casar novamente, pois ainda estão vinculados matrimonialmente.

A referida expressão ainda tinha a finalidade de distinguir a “separação de fato”, já que na forma judicial pode-se entender que indica a separação em juízo, de modo contencioso ou consensual.

Ao ser inserido no Brasil o instituto divorcista, foi adotado como regra o sistema do divórcio indireto, que exigia o desfazimento do vínculo matrimonial, sob a condição da separação judicial, e que fossem observados todos os prazos para a conversão da separação em divórcio.

O divórcio indireto tinha como preposto básico uma sentença de separação:

(...) conseguida em procedimento de jurisdição voluntária (separação consensual) ou ao fim de um processo (separação litigiosa), assim como no *lapsus temporal de três anos ou um triênio*; que tem o seu termo inicial de fluência fixado da data da sentença que concedeu a separação cautelar (Lei 6.515/77, art. 8.º), ou ainda da data na qual, por sentença proferida em processo, mesmo de jurisdição voluntária, determinar-se ou presumir-se a separação dos cônjuges (Lei 6.515/77, art. 44).³³

Podendo entender assim, que da separação, seja ela consensual ou litigiosa, é admitida a conversão em divórcio, após transcorrer o lapsus temporal de 3 anos previstos em lei.

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 1 ed. Vol. 3. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 516.

³² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. 8 ed. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 383.

³³ FERREIRA, Luís Pinto. **O Divórcio no Brasil**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 25/09/16.

Em contrapartida, o divórcio consensual direto dispensa a separação judicial, pois exige apenas que seja cumprido o lapso temporal de 5 anos, devidamente comprovado e que tenha começado a contar antes da EC nº 7/77.

Alguns entendiam que a Lei do Divórcio não proibia expressa ou implicitamente o segundo divórcio que, após a decretação do primeiro, tenha voltado a se casar. E proibia sim, expressamente o requerimento do segundo pedido, daquele que tendo ajuizado ação de divórcio ou tenha sido parte interessada de modo consensual, obteve decisão favorável.³⁴

O art. 38 da Lei 6.515/77 elencou as seguintes hipóteses de novo matrimônio para os já divorciados: uma pessoa divorciada, mas que não tomou iniciativa para a decretação da dissolução, casa-se com outra solteira ou viúva; pessoa divorciada que tomou iniciativa para a efetivação do divórcio, convola núpcias com outra solteira ou viúva; dois divorciados contraem novo matrimônio, porém nenhum deles provou o primeiro rompimento; dois divorciados celebram novo casamento, mas um deles deu causa ao primeiro rompimento e o outro foi réu na sua respectiva ação; e dois divorciados que tomaram a iniciativa em juízo para dissolver os respectivos vínculos contraem novo matrimônio.³⁵

Com o advento da Carta Magna de 1988, que facilitou o sistema de dissolução, e ainda diminuiu o lapso temporal para a obtenção do divórcio por conversão, precedido de separação, reduzindo o prazo para apenas 1 ano, e criou a modalidade dissolutiva de casamento, o divórcio direto que seria submetido ao lapso temporal de 2 anos de *separação de fato*. E grande avanço se deu também com o surgimento da Lei nº 7.841/89, a qual aboliu o limite de concessão de divórcio estabelecido pelo art. 38 da Lei nº 6.515/77.³⁶

Depois de tantas mudanças e evoluções de conceitos que tem por finalidade se adequar à sociedade, pode-se afirmar que é direito: “(...) de não manter o núcleo familiar constituído, dissolvendo o casamento ou a união constituída, como consequência natural da proteção da dignidade da pessoa humana”.³⁷

E depois de muita luta na conquista do direito a dissolução, as partes que pretendem dissolver a união, estão acobertadas tanto pela legislação quanto pelo direito de não permanecer

³⁴ SWENSSON, Walter Cruz. **Possibilidade de Segundo Pedido de Divórcio**. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 26/09/16.

³⁵ SWENSSON, Walter Cruz. **Possibilidade de Segundo Pedido de Divórcio**. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 26/09/16.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. 8 ed. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 383.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. 8 ed. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 384.

casado. Diante do que foi exposto, pode-se concluir que de nada vale permanecer em um matrimônio quando as circunstâncias não são favoráveis a nenhuma das partes.

CAPÍTULO II – INEFICÁCIA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

2.1. Da sociedade conjugal e do vínculo conjugal

Para dar início a este capítulo, observa-se que a sociedade conjugal abrange alguns aspectos, como direitos e deveres, relevantes para as partes envolvidas e para a legislação brasileira, sociedade conjugal e casamento são entendidos como coisas distintas.

Para uma melhor compreensão do tema em questão, faz-se necessária a distinção entre os conceitos de sociedade conjugal e de vínculo conjugal. No primeiro se perfaz com o casamento e compreende o regime de bens e com o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos consortes, inclusive as obrigações morais. Já no segundo, cria a família legítima e passa aos consortes o status de casados, como partícipes e exclusivos da sociedade que então se constitui.³⁸

O artigo 1.571, inciso I, §1º, primeira parte do Código Civil vigente, trata da causa terminativa da sociedade conjugal através da morte de um dos cônjuges, causa esta que claramente se aplica às duas formas, já na segunda parte trata da morte presumida do cônjuge ausente.

Tratando da causa terminativa, especificamente a morte de um dos cônjuges, visto que esta implica na extinção do poder familiar tanto em relação à prole como também no término do vínculo conjugal e matrimonial existente entre as partes.³⁹

E a respeito das causas suspensivas, o art. 1.523, II do Código Civil estabelece que na hipótese de viuvez, para o sexo feminino, o prazo de 10 meses subsequentes ao óbito para a celebração de um novo casamento, ao regime de separação obrigatória de bens.

Já as causas dissolutivas, tratadas no art. 1.571 da Codificação de 2002, sendo quatro elencadas: a morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, a separação judicial e o divórcio. Ainda dando importância a dissolução daquele casamento que é considerado válido.

³⁸ JULIÃO, Rodrigo. **Resumo de Direito de Família – Direito Civil Aplicado**. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/5139010-Distincao-entre-sociedade-conjugal-e-vinculo-matrimonial.html>>. Acesso em: 18/10/16.

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. 8 ed. São Paulo: JusPodvim, 2016. p. 402.

Frise-se que as causas terminativas são aquelas que atingem somente a sociedade conjugal, e, com isso, põe fim aos deveres recíprocos impostos pelo matrimônio. Já no que tange às causas dissolutivas, além de atingir a sociedade, atingem também o vínculo matrimonial.⁴⁰

Então, assim a separação judicial promove a dissolução da sociedade conjugal, enquanto que o divórcio põe fim ao vínculo matrimonial, permitindo aos cônjuges contrair novo matrimônio.

Entre alguns doutrinadores, existem muitos questionamentos a respeito dos critérios que motivam o legislador a manter no Codificação vigente o sistema dualista de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal através da separação e do divórcio. Um deles é:

Embora um instituto gere resultados jurídicos diversos do outro, a dissolução do vínculo conjugal só se dá com a morte, com o divórcio, anulação e nulidade do casamento, enquanto a separação judicial apenas põe termo à sociedade conjugal, sem atingir a dissolução do vínculo do matrimônio, impedindo o recasamento da pessoa simplesmente separada, judicial ou extrajudicialmente (Lei nº 11.441/07).⁴¹

Sendo assim, os consortes teriam a possibilidade de reconstituir a relação sem se fazer necessário o fim definitivo do casamento, na hipótese em que os consortes se encontram em dúvida sobre o relacionamento.

Essa reconciliação pode ser realizada por mera homologação do juiz ou pela lavratura de uma escritura pública.

2.2. Separação judicial e divórcio

Para analisar o instituto da separação judicial, é necessário entender a fundo seu conceito. Pode ser entendida como a causa de dissolução da sociedade conjugal não rompendo o vínculo matrimonial, de maneira tal que nenhum dos consortes poderá convolar novas núpcias.

O instituto da separação, previsto na lei nº 13.105/15, trata-se de um requisito para o divórcio, e na antiga redação legislativa tratava como uma etapa onde poderia ser discutida a culpa do cônjuge que levou o casamento à falência ou a separação poderia ser uma ponte para que o casal chegasse a um consenso sobre o fim ou não do matrimônio.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. 8 ed. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 386.

⁴¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 169.

Considerando o requisito da separação para o divórcio, ainda se fazia necessário para os cônjuges cumprimento do prazo de 1 ano para que fosse concedido o divórcio e assim ser extinta a obrigação matrimonial. Tal instituto vem sendo mantido na legislação brasileira, como já explanado anteriormente, em virtude da expectativa de eventual reconciliação entre as partes envolvidas.

Quando a Emenda Constitucional nº 66/10 altera a redação do §6º do artigo 226 da Constituição Federal de 88, estabelecendo que o casamento pode ser dissolvido mediante o divórcio, extinguem-se também os dispositivos que regulamentavam a discussão da culpa pelo fim do matrimônio, seguindo a discussão do uso do nome, concessão de alimentos, bem como guarda dos filhos.

Admite-se na discussão, a separação consensual, de fato, litigiosa e de corpos.

Seguindo o art. 1.574, que expressa que a separação pode se dar pelo mútuo consentimento das partes que forem casadas por mais de 1 ano e manifestarem essa intenção perante o juiz, ensejando assim a separação *consensual*.

Na separação de fato, pode-se entender:

A separação de fato do cônjuge é contemplada no §1º do artigo 1.723 do CC como pressuposto da constituição de união estável, que não depende de prévio divórcio do novo companheiro, além de gerar dois efeitos: cessação dos deveres conjugais e interrupção do regime matrimonial de bens.⁴²

E também que:

A separação de fato, assim, é um estado continuativo, caracterizando-se pela simples cessação da coabitação em razão de interesses profissionais ou pessoais dos consortes, quando, por exemplo, resolvem conviver em casas separadas.⁴³

Antes da emenda, alguns doutrinadores, fizeram uma distinção entre a união estável e a separação de fato, a primeira fundada no companheirismo, enquanto que na segunda permite-se a desconstituição da família, e o companheirismo representa a formação de uma nova família.⁴⁴ Fato curioso sobre a separação supracitada é que, por mais que os consortes resolvam

⁴² LÔBO, Paulo. **Novo CPC Não Recriou ou Restaurou a Separação Judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>>. Acesso em: 18/10/16.

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. 8 ed. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 399.

⁴⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Ética da Convivência Familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 84.

conviver em casas separadas, cessando assim a coabitação, nada obsta o reconhecimento da existência da separação do casal ainda que coabite sob o mesmo teto.⁴⁵

O artigo 1.571 do Código Civil, em seus incisos III e IV, expressa que a sociedade conjugal, aquela constituída validamente, se extingue pela separação judicial ou pelo divórcio. Assim, não seria certo que a separação de fato fosse também considerada uma forma de dissolução da sociedade conjugal, observando o fato da necessidade da formalização da ruptura, tal como se exigiu no momento de sua constituição.⁴⁶

Vale salientar ainda que, o art. 2º da Emenda Constitucional nº 9/77 estabelece que a separação de fato deve ser devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de 5 anos, que fosse anterior à data desta emenda.

O Código Civil vigente, no §1º do artigo 1.572, também aponta a separação judicial litigiosa baseada em causas objetivas, que estas afastam qualquer culpa dos cônjuges. Uma das modalidades dessas causas, é que um dos consortes pode provar a ruptura da vida em comum há mais de 1 ano e a impossibilidade de sua reconstituição, denominada de *separação-falência*.⁴⁷

Deparando-se com o litígio, nas hipóteses de incidência de atribuição da culpa no processo, era estabelecido que quem poderia propor a ação seria aquele cônjuge considerado inocente, conforme preleciona o art. 1.572, *caput* do mencionado Código.

No entanto, a jurisprudência entendeu desnecessária a atribuição culposa e optou pela dispensa da comprovação de motivos apresentados para a concessão da separação.⁴⁸

Como alguns artigos em especial tratam da separação judicial, ainda tem-se como análise do estudo o artigo 1.573, inciso IV da Codificação vigente, que trata do abandono voluntário do lar conjugal, e tornando assim impossível a vida em comum, o que claramente viola uma das obrigações de ambos os cônjuges, obrigação esta elencada no art. 1.566, inciso II do Código Civil.

O artigo 1.573, inciso IV, da mesma Codificação, também trata da caracterização da impossibilidade da comunhão, causando uma ruptura da vida em comum, porém sendo este com foco no simples abandono do lar durante o prazo de 1 ano contínuo.

A vida em comum citada acima, diz respeito ao que trata no art. 1.566, inciso II do Código vigente, como sendo dever de ambos os cônjuges: “Vida em comum, no domicílio

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.301.

⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Ética da Convivência Familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 85.

⁴⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 212.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.316.

conjugal”. Dever este, que alguns associam ao dever de se sujeitar a contatos físicos de teor sexual. O que na verdade, em nada se relaciona um com o outro, tanto que tal interpretação infringe o princípio assegurado constitucionalmente do respeito à dignidade da pessoa, bem como o direito à liberdade e à privacidade.⁴⁹

No tocante à separação de corpos, tratada como medida cautelar que inclusive pode se converter em divórcio como preleciona o art. 1.580, *caput* do Código Civil. Medida esta que permanece no Ordenamento Jurídico brasileiro, podendo ser usada nas ações de divórcio, nas hipóteses de ameaça ou consumação de violência física, psicológica ou social de um dos cônjuges contra o outro, ou contra os filhos.

Alguns ainda chegam a apontar que o advento da EC nº 66/10 implicou na automática revogação de diversos dispositivos infraconstitucionais que tratavam da separação, com efeito *ex nunc*. Assim, indica a não recepção dos artigos 1.571, *caput* e §2º, 1.572, 1.573 e seguintes do Código Civil.

Dando continuidade ao estudo, no que diz respeito ao entendimento do divórcio, como explanado no capítulo anterior, a lei nº 6.515/77 derrubou a indissolubilidade matrimonial, o que tornou o divórcio como um meio conferido às partes interessadas, voluntário de dissolver o casamento.

O divórcio era compreendido por ter duas modalidades, cada uma delas tendo como partida uma causa objetiva, sendo essas modalidades o divórcio direto e o indireto.⁵⁰

O primeiro, que era permitido apenas para a separação de fato, desfazia o vínculo matrimonial, evitando qualquer medida prévia ou intermediária. E o segundo, onde para desfazer o vínculo era necessário o cumprimento de determinados requisitos preliminares, como, por exemplo, a separação do casal por um tempo determinado, sendo-lhes permitida uma possível reconciliação. Não havendo conciliação, tornava-se possível o divórcio.⁵¹

Rompendo-se o casamento pela separação, deveria ocorrer a conversão desta em divórcio para que verdadeiramente o vínculo matrimonial fosse rompido, assim diz o art. 1.580, §1º do Código Civil vigente.

Em se tratando de divórcio, sabe-se que o mesmo pode ser consensual ou litigioso. Sendo ele consensual, segue o mesmo raciocínio principal da separação consensual, devendo haver o mútuo consenso entre as partes e não sendo obrigado às partes fundamentar a causa do

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 265.

⁵⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil, Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

⁵¹ FERREIRA, Luís Pinto. **O divórcio no Brasil**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 30/10/16.

pedido, visto que não mais se atribui a culpa no processo. Curioso que, não havendo filhos menores ou incapazes, as partes podem fazer uso da via extrajudicial, assim estabelece o art. 733, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015.

Importante salientar que, embora o pedido se divórcio seja dos cônjuges, nada obsta o uso da representação por procurador, nos casos em que se pode fazer tal uso, de acordo com o art. 1.582 do Código Civil.

Diante do litígio, o CPC de 1973 concedia à mulher foro privilegiado, entretanto, o CPC de 2015 estabeleceu no art. 53 que para as ações de divórcio, o foro competente será tanto do domicílio do guardião do filho incapaz quanto do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz, bem como o domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal.

Quando proposta por um dos cônjuges, é indispensável o uso das audiências de mediação e conciliação. O art. 696 do CPC de 2015 preleciona que nas ações de família, tais audiências podem ser divididas em quantas sessões forem necessárias para viabilizar a solução consensual. Caso não seja realizado o acordo, a ação seguirá as normas do procedimento comum.

Reiterando que o divórcio atinge o vínculo formado pelo casamento e a separação judicial atinge tão somente a sociedade conjugal, conclui-se que a separação não permitia a constituição de novo matrimônio ao passo que o divórcio permite.

Considerando os efeitos da separação judicial, se fazia necessária a conversão em divórcio. Mas a jurisprudência foi além, entendeu que a separação de fato poderia pôr fim ao casamento. Em 2014, entendeu-se que:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INTIMAÇÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. SEPARAÇÃO DE FATO. DEVERES CONJUGAIS. COMUNHÃO DE BENS. EFEITOS. SÚMULA 83/STJ. ART. 535, CPC. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS. FINALIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ.

1. Admite-se efetivada a intimação e iniciado o prazo para interposição do recurso cabível, desde que demonstrada a ciência inequívoca da decisão pela parte interessada, hipótese que não se verificou no caso presente.
2. Não configura violação ao art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial, o que afasta a negativa de prestação jurisdicional.
3. Os embargos de declaração opostos com a finalidade de prequestionamento não são protelatórios (Súmula 98/STJ).
4. **Constatada a separação de fato, cessam os deveres conjugais e os efeitos da comunhão de bens.**
5. Agravo regimental provido. (Grifo do autor)⁵²

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 880.229/CE. Relatora: GALLOTTI, Maria Isabel. QUARTA TURMA, julgado em 07/03/13, DJe 20/03/13. Publicado em: 25/06/14.

Cessando os deveres conjugais estabelecidos pela legislação, cessando a vida em comum do casal e não havendo possibilidade de comunicação de bens, pode-se entender que a sociedade conjugal não mais existe.

2.3. A Emenda Constitucional nº 66/10

A Emenda Constitucional 66/10 que na verdade resultou de aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 413/05 e posteriormente renumerada PEC 33/07, inicialmente conhecida como a “PEC do Divórcio”, completou o ciclo com a nova redação do §6º do artigo 226 da Constituição Federal de 88, ciclo este que teve início com a Lei do Divórcio.

Durante a tramitação percebeu-se a necessidade do aperfeiçoamento da redação do §6º do art. 226 da Constituição que rezava da seguinte forma: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”. Com a aprovação do Projeto no Congresso Nacional, foi retirada da redação do §6º a expressão “na forma da lei”, passando a versar da seguinte forma: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.⁵³

Dessa forma, pode-se entender que:

Suprimida a expressão *na forma da lei*, infere-se, com tranquilidade, que a Emenda Constitucional nº 66/10 tem *eficácia imediata e direta*, não reclamando a edição de qualquer norma infraconstitucional. É dizer: a Emenda Constitucional nº 66/10 entrou imediatamente em vigor, produzindo efeitos e vinculando todo o tecido normativo infraconstitucional que passou a ser interpretado conforme os seus preceitos e opções legislativas.⁵⁴

Tal alteração na redação do §6º passa a ideia de que aquele indivíduo que deseja dissolver o casamento, poderá fazê-lo a qualquer tempo e sem precisar cumprir requisitos anteriores, no caso dos prazos e das condições de coabitação, chegando assim ao entendimento da eficácia imediata e direta citada acima.

Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25155296/recurso-especial-resp-678790-pr-2004-0100936-0-stj/relatorio-e-voto-25155298>>. Acesso em: 05/11/16.

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. 8 ed. São Paulo: JusPodivm, 2016, p. 384.

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. 8 ed. São Paulo: JusPodivm, 2016, p. 385.

Analisando a nova redação do texto constitucional, é possível extrair que houve uma superação dos prazos estabelecidos para o divórcio, que pode ser concedido por mais que o casamento tenha sido celebrado a pouco tempo e a impossibilidade de discussão da causa dissolutiva, inclusive a culpa que não é mais cabível no processo.

Com a nova redação, feita pela EC 66/10 ficou estabelecido que não se faz mais necessária a separação judicial para que o divórcio seja concedido e o casamento possa ser dissolvido sem a comprovação da prévia separação, facilitando a obtenção do divórcio para a sociedade, além de preservar a vida privada dos envolvidos.

Quando o Novo Código de Processo Civil traz à tona tal instituto, discute-se se a separação judicial é de fato inconstitucional ou se apenas não deixou de existir, visto que é um direito assistido aos cônjuges de não permanecer casado, nada deve impedir a dissolução matrimonial, mesmo que a união se concretize sem o pensamento de um futuro encerramento.

Se a emenda foi proposta com o intuito de facilitar e assegurar que o casamento seja dissolvido, sem a necessidade de apresentação de requisitos para tal, não é cabível a exigência de comprovação de longos prazos. Assim não há motivação para a manutenção da separação no Ordenamento Jurídico brasileiro, instituto este que voltaria a complicar a vida daqueles que almejam a ruptura do vínculo, e o divórcio permanece sendo a melhor opção.

Porém, a discussão em questão, é se a separação foi eliminada ou não. Já que a Constituição Federal é vista como a Lei Maior, deve-se prevalecer o que foi previsto e corrigido pela Emenda nº 66/10, já que com sua nova redação facilitou a dissolução do casamento e assegurou aos cônjuges o direito de não permanecerem casados.

Quando o Novo CPC admite a separação e a aplicação da ação de separação litigiosa, que cabe perfeitamente nos procedimentos especiais em seu Capítulo X que trata das Ações de Família, pode-se observar a necessidade de audiências de mediação e conciliação que está prevista no artigo 697 do dispositivo legal tratado a cima.

É preciso ainda observar a preservação do estado civil das pessoas que já estão separadas, aquelas que estão submetidas ao que era exigido antes da EC 66/10, entendendo que não se pode divorciar essas pessoas que já estão separadas sem decisão judicial, devido ao ato considerado antijurídico.

Para essas pessoas que constam como separadas, resta a escolha da reconciliação ou do pedido de divórcio. Caso essas opções não sejam aplicáveis, ainda pode-se falar em uma possível separação de corpos ou afastamento temporário do cônjuge como medida jurídica cabível.

Devido a força legislativa da EC 66/10, o pedido de separação judicial tornou-se juridicamente impossível e, no tocante às ações em tramitação, a solução encontrada pelos magistrados foi o chamamento da parte demandante, através de um despacho, para que se manifestasse sobre o pedido, requerendo divórcio nos novos termos, sob pena de extinção do processo.

Visto que o entendimento majoritário é de que a separação judicial não é mais admitida no Ordenamento Jurídico, embora seja observado o litígio, resta discutir a separação de fato e a separação de corpos como medida cautelar.

As medidas cautelares permanecem sob observação do Judiciário, podendo ser usadas em uma ação de divórcio quando há ameaça ou consumação de violência física, psicológica ou social de um dos cônjuges com o outro ou até mesmo contra os filhos

Os Tribunais de Justiça estaduais interpretaram a revogação e extinção da separação judicial, em virtude da incompatibilidade com a norma constitucional de 2010.

Em 2014, o STJ uma decisão na qual consiste que, após a EC 66/10 não se admitiria a separação judicial e reconheceu que não há delegação de poderes ao legislador que possa restringir o direito de ruptura do matrimônio. Entendendo assim:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 236.619 - DF (2012/0207590-3)
 RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI AGRAVANTE : R B M
 ADVOGADA : ANA PAULA RIBEIRO SOARES E OUTRO (S) AGRAVADO : R
 N M ADVOGADO : ÉMERSON DE ALMEIDA FERNANDES E OUTRO (S)
 DECISÃO Trata-se de agravo interposto contra decisão denegatória de recurso especial fundamentado no art. [105, III](#), alínea [a](#), da [Constituição Federal](#), contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado (e-STJ fl. 527): SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA -AGRAVO RETIDO -PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MANUTENÇÃO DE INDEFERIMENTO - COMPETÊNCIA - EMENDA CONSTITUCIONAL [66/2010](#) - DIVÓRCIO DIRETO - PARTILHA - NOME. 1. A competência das varas de família (art. 27,- da Lei [11.697/08](#) (LOJDFT)) não contempla a demanda de indenização por dano moral supostamente causado por um cônjuge ao outro, estando a matéria afeta à competência das varas cíveis. Precedentes TJDFT. **2. Após a EC [66/10](#) não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação Judicial. Não foi delegado ao legislador infraconstitucional poderes para estabelecer qualquer condição que restrinja direito à ruptura do vínculo conjugal.** 3. É possível a alteração, em segundo grau de jurisdição, da ação de separação judicial em ação de divórcio, quando verificado que as partes manifestam o seu interesse em por fim ao casamento. 4. Essa alteração também é cabível quando verificado que atende aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economia processual, efetividade da prestação jurisdicional e por se tratar de demanda que envolve direito de família, o que; naturalmente, enseja desgaste emocional e psicológico das partes envolvidas, não sendo viável a simples extinção do processo sem resolução do mérito para que haja a sua repositura. 5. Os bens, cuja existência e propriedade foram devidamente comprovados, devem ser partilhados na razão de 50 % (cinquenta por cento) para cada parte. 6. Deve ser suspensa a exigibilidade, dos ônus da sucumbência se a parte é- beneficiária da gratuidade de justiça. 7. Negou-se provimento ao agravo retido e deu-se parcial provimento ao apelo da autora para suspender a exigibilidade dos ônus da sucumbência e decretar o divórcio do casal com a manutenção do nome

de casada da autora e partilha dos bens no percentual de 50% (cinquenta por cento) para cada, nos termos contidos no voto do relator. A parte agravante viola os 2º, [128](#), [458](#), [460](#) e [535](#), I e II, do [Código de Processo Civil](#). Assim posta a questão, observo que o acórdão recorrido se manifestou de forma suficiente e motivada sobre o tema em discussão nos autos, nos limites em que a questão foi apresentada pelas partes. Ademais, não está o órgão julgador obrigado a se pronunciar sobre todos os argumentos apontados pelas partes, a fim de expressar o seu convencimento. No caso em exame, o pronunciamento acerca dos fatos controvertidos, a que está o magistrado obrigado, encontra-se objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido. Afasto, pois, a alegada violação dos artigos referidos. (Grifo nosso) ⁵⁵

Seguindo o raciocínio do item grifado, entende-se que o divórcio apenas será considerado como causa dissolutiva do vínculo conjugal, sendo descabido manter a separação vigorando, em razão de pôr fim apenas à sociedade conjugal e não ao vínculo formado pelo casamento, de tal forma que as partes envolvidas ainda permanecem impedidas de constituir novo matrimônio.

Visto que a problemática ainda não é pacificada nos Tribunais brasileiros, a questão é lançada se de fato a separação, que vai de encontro ao texto constitucional e ainda de encontro com o entendimento da jurisprudência será cabível no Ordenamento Jurídico brasileiro, quando já se tem uma forma prática, em termos processuais, e mais eficaz de dissolução matrimonial tratada de forma clara no texto constitucional.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 236.619 – DF (2012/0207590-3). Relatora: GALLOTTI, Maria Isabel. Publicação: DJ 22/10/14. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153420482/agravo-em-recurso-especial-aresp-236619-df-2012-0207590-3>>. Acesso em: 25/10/16.

CAPÍTULO III – HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO

3.1. A não revogação da separação judicial

Chegando à real problemática do tema, alguns doutrinadores e a jurisprudência divergem suas opiniões sobre o fato da separação judicial ter sido extinta do Ordenamento Jurídico. Tendo como embasamento para tais afirmações no fato de que alguns dispositivos legais persistem em mencionar a separação judicial e também lembrando da força normativa da EC nº 66/10.

Ainda que a temática não seja pacificada, alguns preferem seguir o pensamento de que a separação continua vigorando, sob a ótica de que o conflito ou a antinomia de normas ocorre quando a contradição apresentada impossibilita a aplicação simultânea, onde conseqüentemente afasta a aplicabilidade de uma das normas.⁵⁶

O que restou pacificado foi que com o advento da Emenda Constitucional 66, não haveria qualquer requisito prévio ao divórcio, portanto foi desconsiderada essa condição para o instituto ser perpetrado. O Senador Vital do Rego argumenta que, a Constituição Federal apenas afastou a exigência prévia de separação para o divórcio, mas não rejeitou a previsão infraconstitucional da separação e da reconstituição da sociedade conjugal.⁵⁷

Admitindo ainda o pensamento apresentado no conceito histórico, onde a separação seria útil para aqueles casais que desejam repensar os laços matrimoniais, há quem defenda essa corrente na atualidade, alegando a faculdade dos consortes e a possibilidade de reatar a sociedade conjugal, que permaneceria intacta, sem estarem obrigados a passar por um novo

⁵⁶ DELGADO, Mário Luiz. **A nova redação do §6º do art. 226 da CF/88: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18226/a-nova-redacao-do-6-do-art-226-da-cf-1988-por-que-a-separacao-de-direito-continua-a-vigora-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 23/11/16.

⁵⁷ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações.** 2 ed. São Paulo: Método, 2016. p. 378.

casamento, dispensando formalidades onde tal ato poderia ser realizado tanto pela via judicial quanto pela via extrajudicial.⁵⁸

Trazendo uma análise dos Enunciados 514 e 517 da V Jornada de Direito Civil, o primeiro preleciona: “Art. 1.751. A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.”, e no segundo: “Art. 1.580. A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do CC, mantido o divórcio por conversão.”.

Os que seguem à risca essa corrente, entendem que a separação, aos olhos da Constituição, deve ser analisada de forma diversa da separação aos olhos da lei ordinária, visto que na CF tal instituto era admitido como condição prévia para a concessão do divórcio, enquanto que pela lei ordinária seria tratada como uma ação específica para aqueles cônjuges que não pretendem romper o vínculo matrimonial.

Dessa forma, o que motiva os defensores da separação é o fato de tal instituto ser independente ao divórcio, uma vez que podem ser ingressadas ações distintas, visando à resolução de méritos distintos, onde é sabido que o divórcio objetiva o rompimento do vínculo adquirido pelo casamento.

Reconhecendo o conflito entre a Constituição e a lei ordinária, no que se refere aos prazos, tem-se que:

Identificamos, de logo, um conflito ou contradição da Constituição com a lei ordinária, no que se refere aos requisitos de prazo para a decretação do divórcio. **Entretanto, o conflito para aí.** Restringe-se a esse aspecto, não alcançando a própria existência de um procedimento autônomo para a dissolução da sociedade conjugal, nas hipóteses em que os cônjuges ainda não estiverem completamente seguros de sua decisão ou quando tencionarem discutir outras questões *a latere* do rompimento, como aquelas relacionadas à culpa e aos alimentos.⁵⁹(Grifos nossos)

Ainda partindo da ideia do conflito, exclusivamente nas questões temporais:

A Constituição é clara: o casamento se dissolve pelo divórcio, independentemente de qualquer requisito ou condição preestabelecida na lei. Não havendo a Carta Magna estabelecido requisitos temporais (ou os havendo suprimido), não seria mais lícito à lei ordinária estabelecê-los.⁶⁰

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. p. 378.

⁵⁹ DELGADO, Mário Luiz. **A nova redação do §6º do art. 226 da CF/88: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18226/a-nova-redacao-do-6-do-art-226-da-cf-1988-por-que-a-separacao-de-direito-continua-a-vigora-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 23/11/16.

⁶⁰ DELGADO, Mário Luiz. **A nova redação do §6º do art. 226 da CF/88: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18226/a-nova-redacao-do-6-do-art-226-da-cf-1988-por-que-a-separacao-de-direito-continua-a-vigora-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 23/11/16.

Embora alguns doutrinadores sigam essa vertente, pouco se sustenta a respeito da separação judicial em virtude de sua ineficácia na prática, no trâmite processual, em virtude de sua escassa aplicabilidade, uma vez que tal separação não oferece vantagem alguma para os cônjuges na mesma forma e proporção que o divórcio traz.

3.2. Revogação da separação judicial

Muitos assumem uma posição contrária ao que foi explanado no tópico anterior, havendo entendimentos de que não há que se falar em admitir um instituto como a separação tendo em vista que não mostra eficácia alguma.

Alguns doutrinadores externam seu pensamento no sentido de que a Emenda Constitucional 66/10 extirpou do sistema jurídico a separação, seja ela na modalidade judicial quanto em cartório, unificando assim as causas de dissolução do matrimônio que passam a ser apenas a morte e o divórcio.⁶¹

Sabendo que a separação rompe apenas a sociedade conjugal, e com isso os cônjuges permanecem impedidos de convolar novas núpcias por motivos de que o vínculo matrimonial permanece, não há sentido em vigor um instituto obsoleto e pouco eficaz como a separação.

Quanto aos efeitos da separação, com exceção do rompimento da sociedade conjugal, a mesma produz efeitos iguais ao divórcio, que se verificam em relação à pessoa dos cônjuges e em relação aos seus bens, podendo ainda surtir efeitos em relação aos filhos.⁶²

Entendendo sobre os efeitos, tem-se que:

No que diz respeito à *pessoa* dos cônjuges, os principais efeitos são:

- a) determinar a separação material dos cônjuges;
- b) pôr termo a determinados deveres recíprocos do casamento;
- c) impedir a mulher, em certos casos, de continuar a usar o nome do marido;
- d) separar os domicílios;
- e) possibilitar, cumpridos três anos de vigência, a conversão em divórcio.

No tocante aos *bens*:

- a) pôr termo ao regime matrimonial;
- b) substituir, por pensão alimentícia, em certos casos, o dever de sustento;
- c) suprimir o direito de sucessão entre os cônjuges.

Quanto à *pessoa dos filhos*:

- a) passá-los à guarda e companhia de um dos cônjuges, ou se houver motivos graves, de terceiro;
- b) assegurar-lhes, mediante pensão alimentícia, a criação e a educação.⁶³

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 8 ed. Vol 6. São Paulo: JusPodivm, 2016. pp. 388-389.

⁶² GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 253.

⁶³ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 253.

Reiterando o fato de que, a separação produz os mesmos efeitos do divórcio, com exceção da ruptura do vínculo matrimonial, se este segundo se propõe a realizar o mesmo e ainda romper o vínculo adquirido pelo casamento, a separação não se faz válida ou eficaz.

Assim, não há mais sentido tanto prático quanto jurídico, manter um instituto obsoleto e antiquado como a separação, que não consegue pôr fim ao que se propõe a fazer, porque mesmo que um dos cônjuges ingresse com a ação, posteriormente ela deve ser convertida em divórcio. Se a referida emenda eliminou o divórcio por conversão, mantendo apenas o divórcio direto, independentemente do cumprimento de prazos, cessa assim, a utilidade prática da separação.⁶⁴

A referida emenda representa uma revolução para o Direito de Família no Brasil, sendo necessário rever as categorias jurídicas relativas ao tema em questão, bem como as novas normas processuais emergentes.⁶⁵

Para uma melhor compreensão, far-se-á uma análise da redação do §6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988 antes e depois da emenda citada. Sendo a redação original: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. E a redação atual modificada: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Seguindo afirmações do tipo que a inovação constitucional tem aplicação imediata, como norma constitucional autoexecutável, ou seja, norma capaz de produzir efeitos no ato da publicação. E desse modo, não há necessidade de qualquer espécie de ponte infraconstitucional para a eficácia dessa norma, sendo reconhecida assim a força normativa da Constituição.⁶⁶

Reconhecendo a força normativa, a norma constitucional que decorre do Poder Constituinte derivado reúne, em seu tipo, todos os elementos necessários para a produção imediata dos efeitos jurídicos.⁶⁷

Podendo-se afirmar que:

Aliás, em época de aumento (necessário) do prestígio da norma constitucional, exigir norma infraconstitucional para a eficácia de um claro comando da Constituição Federal representaria uma verdadeira subversão da teoria do ordenamento jurídico,

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 8 ed. Vol 6. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 389.

⁶⁵ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. p. 383 apud SIMÃO, José Fernando. **A PEC do Divórcio: A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. pp. 383-384.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 8 ed. Vol 6. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 389.

por conferir mais peso e densidade a uma norma infraconstitucional do que ao próprio Texto Magno.⁶⁸ (Grifos nossos)

Reconhecida força normativa de uma emenda à Constituição, e ainda se fazer necessária a denominada ponte entre a norma infraconstitucional e a Carta Magna, pode-se ver claramente o retrocesso da legislação brasileira que tanto tentou se adequar à atualidade tanto nas questões sociais quanto na questão jurídica propriamente dita, comprometendo assim todo o bom funcionamento do Poder Judiciário, impedindo até a celeridade no trâmite das ações ingressadas.

Ainda nesse sentido, boa parte da doutrina brasileira vem trazendo o mesmo entendimento, de que a partir da promulgação da emenda, o instituto da separação desapareceu do sistema jurídico e que conseqüentemente toda a legislação que o regulava sucumbiu, sem eficácia, devido a sua não recepção.⁶⁹

Não só a doutrina vem se conectando a respeito desse entendimento, a orientação jurisprudencial também o fez. No sentido de que:

CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. **Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 tem aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso.** Apelo conhecido e provido.⁷⁰ (Grifos nossos)

Também que:

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - AGRAVO RETIDO - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MANUTENÇÃO DE INDEFERIMENTO - COMPETÊNCIA - EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 - DIVÓRCIO DIRETO - P ARTILHA - NOME.

2. Após a EC 66/10 não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação judicial. Não foi delegado ao legislador infraconstitucional poderes

⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 8 ed. Vol 6. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 389.

⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 8 ed. Vol 6. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 390 apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **O novo divórcio**.

⁷⁰ BRASIL. TJ/DF, Apelação Cível nº 2010.01.1.064251-3. Relatora: Des.^a Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, j.29/09/2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 25/11/16.

para estabelecer qualquer condição que restrinja a direito à ruptura do vínculo conjugal.⁷¹

E ainda que:

Após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, não se pode conhecer de pedidos de separação judicial ante a impossibilidade jurídica da prestação jurisdicional, devendo a base normativa do direito material das ações em curso serem corrigidas mediante a conversão do pedido em divórcio.⁷²

Ficando perceptível assim, que não se considera mais a viabilidade da separação, uma vez que pode ser considerada a impossibilidade jurídica do pedido como foi entendido acima.

Há ainda quem argumente que a separação judicial traz consigo um forte rastro ideológico-religioso, com a justificativa da preservação da família, onde a imposição do lapso temporal de um ou dois anos seria para o casal repensar suas decisões a respeito do matrimônio, ou seja, o Estado continuaria a intervir na vontade dos cônjuges em não permanecer casado, ferindo de forma clara a secularização.⁷³

Mesmo com a separação Igreja-Estado e reconhecida a laicidade do Estado, a permanência do instituto em questão força a intervenção estatal nas ações em curso, afetando as partes envolvidas.

Observado esse quesito, pode-se ainda afirmar que o legislador do novo Código de Processo em questão pecou quando ignorou todo o caminho doutrinário e jurisprudencial percorrido desde as primeiras normas referentes ao matrimônio até a EC nº 66/2010, que teve por objetivo retirar definitivamente a separação judicial do Ordenamento Jurídico, sendo esta absorvida em sua totalidade pelo divórcio.⁷⁴

Sendo válida e suficiente a análise para melhor compreender a EC nº 66/2010:

Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a *opção pelo divórcio direto possível*

⁷¹ BRASIL. TJ-DF - Apelação Cível : APL 935361820088070001 DF 0093536-18.2008.807.0001. 2ª Turma Cível. Publicado em: 30/03/2012, DJ-e Pág. 100. Julgamento:21/03/2012. Relator: Sérgio Rocha. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21461614/apelacao-ci-vel-apl-935361820088070001-df-0093536-1820088070001-tjdf>>. Acesso em: 26/11/16.

⁷² BRASIL. TJPR, Apelação Cível 0986822-2, Campo Largo, 12ª Câmara Cível. Relatora: Des.ª Rosana Amara Girardi Fachin, DJPR 05.06.2013, p. 195 apud TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. p. 390.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Por que é inconstitucional “repristinar” a separação judicial no Brasil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>>. Acesso em: 27/11/16.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Por que é inconstitucional “repristinar” a separação judicial no Brasil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>>. Acesso em: 27/11/16.

*revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal.*⁷⁵

Ao passo que a separação perde sua relevância jurídica e social e o divórcio direto ganha mais espaço no sistema normativo, extinguem-se os argumentos pautados nos princípios religiosos e na necessidade de intervenção do Estado nas relações matrimoniais dos indivíduos que almejam pôr fim ao casamento.

Os fins sociais do divórcio direto e irrestrito, adotado pela Constituição, são incompatíveis com qualquer dificuldade ou obstáculo que a ele se anteponha, ainda que sob a argumentação de autonomia dos sujeitos, e analisando também que a permanência do instituto da separação vai de encontro com os valores contemporâneos que foram projetados na CF e no Ordenamento Jurídico e ainda vai de encontro à liberdade de entrar e sair de qualquer relacionamento conjugal.⁷⁶

Sendo o divórcio direto a melhor opção, uma forma mais rápida e eficaz, tanto nas questões econômicas, sociais e até mesmo emocionais das partes envolvidas.

3.3. Os procedimentos especiais nas Ações de Família

Quando se fala da nova codificação processual, muitos pontos são relevantes, inclusive as Ações de Família, que são tratadas no Capítulo X, a partir do art. 693 do Novo CPC.

Além das Ações de Família, um dos pontos de grande relevância, é que o Novo CPC objetiva ganhar uma maior celeridade no trâmite processual de suas ações, querendo assim facilitar o acesso das partes envolvidas aos seus respectivos objetivos finais. Indo mais além, é perceptível que o Novo Código valoriza de forma considerável as relações afetivas entre os cônjuges e seus filhos, quando presente a figura dos descendentes.

Quando inicia-se uma crise, toda a estrutura familiar é afetada, o funcionamento de toda uma estrutura sofrerá mudanças provenientes daquela crise e a qualidade da relação mudará consideravelmente, de tal forma que as pessoas ficarão fragilizadas sujeitas a reagir de diversas formas, desenvolvendo uma tendência ao regresso emocional, por exemplo.⁷⁷

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Por que é inconstitucional “represtinar” a separação judicial no Brasil.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-represtinar-separacao-judicial>>. Acesso em: 27/11/16.

⁷⁶ LÔBO, Paulo. **Novo CPC não recriou ou restaurou separação judicial.** Disponível em: <<http://conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>>. Acesso em: 27/11/16.

⁷⁷ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica.** São Paulo: Método, 2004. p. 44.

Quando a figura dos descendentes se faz presente na separação, a dificuldade de controle emocional é ainda maior, visto que, não se sabe ao certo como os filhos reagirão a respeito de uma possível separação de seus pais, deixando ainda mais distante a solução almejada.⁷⁸

Sabendo que os filhos necessitam mais da presença dos pais em sua criação, pode-se dizer que:

Diante da compreensão do psiquismo como fruto de inter-relações, a separação não pode mais ser considerada uma questão de leis, apenas. A separação não envolve, tão somente, uma discussão quanto a direitos e deveres. Os efeitos psicoindividuais e psicossociais que a separação pode acarretar levam-nos a perceber que ela é mais que mero resultado de manifestação de vontade e/ou vontades.⁷⁹

Então, a separação também deve ser analisada em seus efeitos sociais e emocionais, ou seja, como afeta a relação familiar e quais suas consequências, não analisando apenas os efeitos meramente judiciais.

Feita a análise das questões sociais e voltando para as questões judiciais, pode-se entender que o Novo Código de Processo Civil trouxe em vários dispositivos um instituto morto⁸⁰, que aparece de início no art. 23, inciso III onde estabelece que é competência da autoridade judiciária proceder à partilha de bens situados no Brasil, nas ações de divórcio, *separação judicial* ou dissolução de união estável, ainda que o titular seja estrangeiro ou tenha domicílio fora do território nacional.

Em seu art. 53, inciso I, fica estabelecido o foro competente para as ações de divórcio, *separação*, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável, como sendo o do domicílio do guardião do filho incapaz, do último domicílio do casal (se não houver filhos), ou o domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal.

É cabível pontuar que, apesar de controversa menção à separação, essa norma representou um avanço, por tutelar o incapaz, quando estabelece foro privilegiado para o guardião, como citado no artigo acima, abandonando assim, a ideia de vulnerabilidade da mulher contida no art. 100, inciso I do Código de Processo Civil de 1973, fazendo cumprir

⁷⁸ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2004. p. 45.

⁷⁹ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2004. p. 45.

⁸⁰ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. p. 379.

assim, a igualdade entre homens e mulheres como consta o art. 5º, inciso I da Constituição da República.⁸¹

Já no Capítulo I do Livro IV do Novo CPC, o art. 189, *caput*, trata da publicidade dos atos processuais, mas o inciso II trata dos processos que tramitam em segredo de justiça, sendo aqueles que versem sobre o casamento, *separação de corpos*, divórcio, *separação*, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes.

Porém, o terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo de sentença, não havendo grandes alterações no que se compara com o que foi prelecionado no art. 153 do Código de Processo Civil de 1973, que ainda mencionava o desquite.⁸²

O art. 731 do Novo CPC estabelece que a homologação do divórcio ou da *separação* consensuais, sendo observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, onde constarão as disposições relativas à partilha dos bens, pensão alimentícia, guarda dos filhos e ainda sobre o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Outro dispositivo processual que menciona a separação é o art. 733, que trata em seu *caput* a respeito da possibilidade de realização do divórcio consensual, *separação consensual* e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes mediante escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

O tratamento unificado para as ações de divórcio e separação constituiu novidade, pois os artigos. 1.120 a 1.124 do anterior CPC tratavam tão somente da separação judicial, já quanto aos requisitos, não houve modificação de grande relevância.⁸³

Estudados os artigos referentes às Ações de Família do Novo CPC, pode-se perceber que o mesmo estatuto processual admite que todas essas ações tramitem em juízo, ou seja, há de se observar os altos custos processuais que os consortes terão de arcar e ainda o desgaste emocional que ambos terão de enfrentar em prol de uma melhor convivência, porque se os cônjuges já não vivem em harmonia, não há motivo para que o vínculo persista, sendo melhor evitar constantes atritos na entidade familiar.

Uma hipótese válida para aqueles que querem evitar o litígio e o desgaste na separação é a mediação, que muito embora não evite o ingresso no Judiciário, pode-se evitar uma guerra

⁸¹ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. p. 379.

⁸² TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. p. 380.

⁸³ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. p. 380.

desnecessária, visto que a mediação tem várias vantagens em relação ao litígio, onde nesta, as pessoas são levadas a agir cooperativamente, diante de opções realistas, e não a fazer acusações ou pleitos baseados unicamente em seu posicionamento pessoal.⁸⁴

Ficando claro assim, que existe a possibilidade de resolver a lide de forma diversa, então não há razão para adotar medidas brandas, como o ingresso de uma ação.

A mediação além de ser menos desgastante para as partes, ela favorece a flexibilidade, e também é efetivamente privada, de tal modo que o casal não precisa levar aos autos do processo as causas dos desentendimentos no casamento, levando apenas as soluções⁸⁵, preservando a intimidade e objetivando o bem estar emocional dos consortes.

Nas mediações familiares, em particular, o mediador deve estar apto a administrar os conflitos tanto relacionais quanto emocionais, porque principalmente após a separação, os consortes, ora separados, precisarão manter um bom relacionamento, enquanto pais, pois essa condição implica dizer que a convivência vai permanecer por toda a vida, em certos aspectos, e não mais como marido e mulher, precisando assim que o relacionamento seja saudável para o bem de todos os envolvidos.⁸⁶

Além das custas processuais, menciona-se também como o Judiciário seria atolado, recebendo ações de separação, para que depois de determinado lapso temporal essa ação seja convertida em divórcio, atrasando assim todo o andamento dos processos, andamento este que já é consideravelmente lento.

Se com a EC nº 66/2010 ficou estabelecido que o casamento pode ser dissolvido mediante divórcio, é mais interessante, tanto para as partes envolvidas quanto para o magistrado, que essa ação seja impetrada diretamente e não que seja convertida depois de tempo determinado, para que o quesito da separação seja cumprido.

Observação importante a se fazer é que, a inclusão do termo “separação” ao lado da normativa do divórcio, teve o intuito de causar um efeito repriminador, contudo, se a matéria relativa à separação judicial fora revogada pela EC nº 66/2010 ela não poderia ser restaurada pela simples menção à separação na lei processual, pois assim remeteria a algo que já não existia.⁸⁷

⁸⁴ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2004. p. 142.

⁸⁵ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2004. p. 142.

⁸⁶ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2004. p. 145.

⁸⁷ LÔBO, Paulo. **Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial**. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>>. Acesso em: 28/11/16.

Concluindo que o casamento pode ser dissolvido mediante divórcio, e que os dispositivos na Codificação Civil de 2002 estão perdendo sua eficácia material e social em decorrência da EC nº 66/2010, pode-se afirmar que o instituto da separação judicial caiu no desuso, está moribundo, não sendo mais admitido em juízo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo tratar da evolução do conceito de família e deixa em evidência especificamente o casamento, apresentar uma evolução demorada desde o tempo em que a sociedade era regida pelos preceitos da Igreja Católica e que esta ensinava o rumo que o casamento deveria seguir, evolução esta que se fez num conjunto entre sociedade e o Poder Judiciário.

Além de tratar dos conceitos gerais de família e casamento, foi analisado de forma minuciosa o estudo da separação judicial abordada no Novo Código de Processo Civil, fazendo uso do conhecimento de outras codificações como o Código Civil vigente e também da Constituição Federal de 1988.

Nesse estudo minucioso com embasamento na doutrina e na jurisprudência, foi possível perceber dois pontos de vista, dos que acreditam que a separação ainda pode trazer algum benefício para as partes e também um ponto contrário que diz que a separação em nada mais poderá ser útil.

Reiterando o que já foi amplamente exposto neste trabalho, a permanência do citado instituto somente fará com que o Poder Judiciário tenha sua celeridade comprometida, uma vez que para a obtenção do divórcio seria necessária uma ação anterior, no caso prático serão duas ações autônomas que objetivam o mesmo fim.

Se como já foi citado, o divórcio se propõe a extinguir todo e qualquer vínculo entre as partes, não há porque manter em vigor a separação, sabendo que a mesma não consegue satisfazer as intenções das partes envolvidas no processo.

O foco principal do trabalho foi trazer à baila as hipóteses de inconstitucionalidade da separação judicial, vez que foram expostos vários argumentos de que a separação pode ser considerado um instituto morto, segundo o entendimento majoritário, no qual este trabalho comunga com tal entendimento.

Além de tratar dos pontos principais, no caso das hipóteses de inconstitucionalidade, este trabalho visa ainda a tentativa de trazer uma saída, uma solução para aqueles que se encontram em situação de separação. Como foi o caso da mediação citada no Capítulo 3.

Muito embora não evite de forma plena o ingresso no Judiciário, a mediação pode ser uma considerada válida para esses casos, porque além de ser menos desgaste emocional e até mesmo financeiro para as partes, a mediação também oferece maior flexibilidade e privacidade, de modo que os envolvidos não necessariamente devem levar à juízo as causas do litígio.

Por fim, cabe mencionar que, o Novo CPC ainda preleciona que para as Ações de Família, quando optar a mediação, a mesma será feita quantas vezes for necessária para a resolução da lide. Então, a escolha de resolver o mérito na mediação é muito mais favorável do que optar pela entrada de uma ação em juízo que posteriormente será refeita, para que a separação seja convertida em divórcio.

Reiterando então, que este trabalho comunga com o entendimento majoritário de que a separação judicial é vista claramente como um instituto obsoleto, quase morto, fadado a não permanecer em vigor no Sistema Jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe Dalenogare. **Direito Romano: Principais Institutos**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8504&n_link=revista_artigos_leitura

ALVES, José Carlos Moreira. **A Natureza Jurídica do Casamento Romano no Direito Clássico**. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br

ANTUNES, Antonio Carlos Junior. **Casamento Nulo e Anulável**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3253/casamento-nulo-e-anulavel>

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Casamento de Fato e Concubinato Atual: Influência do Casamento Romano**. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br

BRASIL. **Código Civil de 2002**.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/15.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 880.229/CE. Relatora: GALLOTTI, Maria Isabel. QUARTA TURMA, julgado em 07/03/13, DJe 20/03/13. Publicado em: 25/06/14. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25155296/recurso-especial-resp-678790-pr-2004-0100936-0-stj/relatorio-e-voto-25155298>

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo em Recurso Especial nº 236.619 – DF (2012/0207590-3). Relatora: GALLOTTI, Maria Isabel. Publicação: DJ 22/10/14. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153420480/agravo-em-recurso-especial-aresp-236619-df-2012-0207590-3>

BRASIL. **TJ/DF**, Apelação Cível nº 2010.01.1.064251-3. Relatora: Des^a. Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, j.29/09/2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>

BRASIL. **TJ-DF** – Apelação Cível: APL 935361820088070001 DF 0093536-18.2008.807.0001. 2ª Turma Cível. Publicado em: 30/03/2012, DJ e Pág. 100. Julgamento: 21/03/2012. Relator: Sérgio Rocha. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21461614/apelacao-ci-vel-apl-935361820088070001-df-0093536-182002807001-tjdf>

BRASIL. **TJPR**, Apelação Cível 0986822-2, Campo Largo, 12ª Câmara Cível. Relatora: Des^a. Rosana Amara Girardi Fachin, DJPR 05.06.2013, apud TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2004.

COSTA, Dilvanir José. **A Família nas Constituições**. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br

DELGADO, Mário Luiz. **A nova redação do §6º do art. 226 da CF/88: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18226/a-nova-redacao-de-6-do-art-226-da-cf-1988-por-que-a-separacao-de-direito-continua-a-vigorar-no-ordenamento-juridico-brasileiro>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 8 ed. São Paulo: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, Luís Pinto. **O Divórcio no Brasil**. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br

FRANÇA, R. Limongi. **Do Matrimônio como Fato Jurídico**. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Ética da Convivência Familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise – Rumo a Nova Epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

JULIÃO, Rodrigo. **Resumo de Direito de Família – Direito Civil Aplicado**. Disponível em: <http://docplayer.com.br/5139010-Disticao-entre-sociedade-conjugal-e-vinculo-matrimonial.html>

LÔBO, Paulo. **Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial**. Disponível em: <http://conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>

LÔBO, Paulo. **Direito Civil, Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Geraldo Magela. **Manual Prático de Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que é inconstitucional “repristinar” a separação judicial no Brasil**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>

SWENSSON, Walter Cruz. **Possibilidade de Segundo Pedido de Divórcio**. Disponível em: www.revistadotribunais.com.br

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016.